

# BGer 5A 604/2022 vom 2. September 2022

Bundesgericht, 2022-09-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_604\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_604_2022)

FR: TF 5A 604/2022 du 2 septembre 2022

IT: TF 5A 604/2022 del 2 settembre 2022

## Regeste

Eheschutz | Familienrecht

## Erwägungen

### E. 1

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Eheschutzentscheid. Die Beschwerde in Zivilsachen steht offen ( Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG ). Allerdings handelt es sich bei Eheschutzsachen um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG ( BGE 133 III 393 E. 5.1; Urteile 5A\_985/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 1; 5A\_855/2021 vom 27. April 2022 E. 2; 5A\_372/2022 vom 24. Mai 2022 E. 1; 5A\_524/2022 vom 22. Juli 2022 E. 2), so dass nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich ist. Es gilt somit das strenge Rügeprinzip im Sinn von Art. 106 Abs. 2 BGG . Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend begründete Rügen und appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt ( BGE 134 II 244 E. 2.2; 142 III 364 E. 2.4).

### E. 2

In tatsächlicher Hinsicht hat das Obergericht das Folgende festgestellt: Die Mutter führte bis zu ihrem durch Heirat und Geburt des Kindes bedingten Zuzug in die Schweiz in Berlin eine Anwaltskanzlei, welche sie im Zuge der Trennung wieder mit einem Pensum von 60 % aufnehmen möchte, da sie in der Schweiz nicht Fuss fassen konnte, was Anlass zu ihrem Gesuch um Bewilligung der Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes nach Berlin gab. Der Vater arbeitete und arbeitet mit einem Pensum von 78 % als Lehrer, während die Mutter in die Schweiz nie erwerbstätig war. Mit Blick auf die Erziehungsfähigkeit haben sich die Eltern gegenseitig physische Beeinträchtigungen vorgeworfen, aber diese liegen lange zurück und können beidseits als überwunden betrachtet werden. Die Mutter war in Berlin mehrere Monate krank geschrieben (Burnout im Jahr 2014/2015) und sodann zwei Jahre in psychotherapeutischer Behandlung, wobei gemäss Abschlussbericht am Ende der Therapie keine krankheitswertigen Symptome mehr bestanden. Ebenso wenig sind beim Vater aktuelle psychische Probleme ersichtlich; vielmehr hat er laut psychotherapeutischem Bericht vom März 2021 seine psychische Stabilität wieder erlangt. Gestützt hierauf ging das Obergericht von einer auf beiden Seiten gleichermaßen gegebenen Erziehungsfähigkeit aus. Die faktische Betreuung von C. \_\_\_\_\_ während des Zusammenlebens wurde von den Parteien diametral anders dargestellt. Das Obergericht ging angesichts des väterlichen Pensums von knapp 80 % von einer Hauptbetreuung durch die Mutter aus. Seit der Trennung lebt C. \_\_\_\_\_ mit der Mutter zusammen; der Vater verfügt über ein Besuchsrecht, welches auszudehnen die Mutter entgegen einer früheren Zusage nicht mehr bereit war. Im Zusammenhang mit der

künftigen Situation in Berlin ging das Obergericht davon aus, dass die Absicht der Mutter, ihre ruhende Anwaltskanzlei wieder zu betreiben sowie als Dozentin und Prüferin tätig zu sein, realistisch sei und C.\_\_\_\_\_ während dieser Zeit in einer Kita untergebracht werden könne, wobei die Mutter in und um Berlin über Verwandte und Bekannte verfüge und notfalls vorübergehend auch die Patentante das Kind betreuen könnte. In rechtlicher Hinsicht ging das Obergericht von den im Leitentscheid BGE 142 III 481 dargelegten Überlegungen und Kriterien für Wegzugsentscheidungen gemäss Art. 301a ZGB aus. Es erwog, dass angesichts der grossen Distanz die vom Vater angestrebte alternierende Betreuung entgegen dessen Ausführungen unrealistisch und nicht praktikabel sei. Angesichts der auf beiden Seiten gegebenen Erziehungsfähigkeit und Bildungstoleranz (die Mutter wünsche sich ausdrücklich gute Vater-Kind-Kontakte und biete an, dass dieser bei den Besuchen in Berlin ihre Wohnung haben könne) sowie der beiderseits guten Beziehung zum Kind sei die Stabilität der Verhältnisse entscheidend. C.\_\_\_\_\_ sei bislang überwiegend von der Mutter persönlich betreut worden und verfüge noch über kein schulisches oder anderweitiges soziales Umfeld. Die Bindung zum hauptbetreuenden Elternteil stehe deshalb im Vordergrund und nicht die örtlichen Verhältnisse. Vor diesem Hintergrund sei der Mutter zu erlauben, den Aufenthaltsort des Kindes nach Berlin zu verlegen und dort mit ihm zu wohnen.

### **E. 3**

Der Vater möchte seine Tochter alternierend oder allein in der Schweiz oder allenfalls auch alternierend in Berlin betreuen. Mit Blick darauf erhebt er in tatsächlicher Hinsicht verschiedene Verfassungsrügen, namentlich Willkürrügen.

#### **E. 3.1**

Vorab macht er geltend, das Obergericht habe die psychischen Probleme der Mutter willkürlich verkannt und umgedeutet; namentlich ihr Burnout sei belegt und die Depressionen seien angesichts des erstellten ICD-Codes wiederholt. Was der Vater als Beleg anführt, ist nichts anderes, als was das Obergericht gewürdigt und dabei befunden hat, die damaligen psychischen Probleme seien - wie übrigens auch beim Vater - gemäss Abschlussbericht überwunden und es bestünden keine Hinweise auf Rückfälle. Was daran willkürlich sein soll, wird nicht dargelegt bzw. die Behauptung, eine Genesung sei nicht belegt, erscheint aktenwidrig; im Übrigen macht der Vater selbst nicht geltend, dass in den letzten Jahren, namentlich seit der Geburt von C.\_\_\_\_\_ irgendwelche Rückfälle stattgefunden hätten. Mithin entbehrt die Anschlussbehauptung, als Folge ihrer Probleme sei die Mutter nicht erziehungsfähig und es bestehe eine Gefährdung des Kindeswohls, jeglicher tatsächlichen Grundlage und es ist in diesem Zusammenhang auch keine Gehörsverletzung zu erkennen. Die sodann behauptete angebliche Bindungsintoleranz der Mutter, welche das Obergericht in willkürlicher Weise verkannt haben soll, leitet der Beschwerdeführer einzig daraus ab, dass sie einer Ausdehnung des Besuchsrechts nicht zugestimmt hat (Beschwerde, S. 20). Allein damit ist aber nicht darzutun, dass es willkürlich wäre, wenn die Mutter weiterhin die Hauptbetreuungsperson von C.\_\_\_\_\_ bleibt; umso weniger kann die fehlende Bereitschaft, für eine Ausdehnung des väterlichen Besuchsrechts Hand zu bieten, für sich genommen Willkür begründen, als diese durchaus auch als Reaktion auf die väterlichen Anträge auf Alleinzuteilung der Obhut über das Kind und die fehlende Zustimmung zur Ausreise verstanden werden kann. Im Übrigen hält der Vater in seiner Beschwerde andernorts selbst fest (vgl. S. 16), dass er eine regelmässige und innige Beziehung zu C.\_\_\_\_\_ habe beibehalten können und mit ihr auch seit der

Trennung regelmässig Neues entdecken und Bekanntes vertiefen könne; von einer möglichen Entfremdung des Kindes ist nirgends die Rede.

### **E. 3.2**

Was die (vom Obergericht als überwiegend durch die Mutter erfolgt angenommene) Betreuung während des Zusammenlebens anbelangt, kann der Vater aus dem Umstand, dass er am Mittwochnachmittag und ab Donnerstagmittag keinen Unterricht hatte und hat, keine willkürliche Tatsachenfeststellung ableiten. Das Obergericht hat erwogen, dass er nebst dem Unterricht offenkundig auch Lektionen vorbereiten, Prüfungen korrigieren, Zeugnisse ausstellen, Elterngespräche führen, Ausflüge organisieren, Klassenlager durchführen und an Sitzungen teilnehmen müsse und notorischerweise in den Schulferien nicht einfach frei habe; er sei mit C. \_\_\_\_\_ nur punktuell alleine gewesen, etwa wenn die Mutter ins Yoga, zum Arzt oder Friseur gegangen sei oder den Wocheneinkauf besorgt habe. Mit der blossen Behauptung, als Lehrer habe er an 257 von 365 Tagen frei und damals sei er coronabedingt sogar an 72,5 % aller Tage zuhause gewesen, ist weder Willkür noch eine Gehörsverletzung darzutun, ist doch der obergerichtliche Aussagekern gerade, dass die Arbeitstätigkeit eines Lehrers nicht auf die Erteilung von Lektionen beschränkt ist. Schon gar keine Willkür und ebenso wenig eine Gehörsverletzung ergibt sich sodann aus der Behauptung des Vaters, es sei abgemacht gewesen, dass die Mutter arbeiten gehe, denn selbst wenn dem so gewesen wäre, würde dies nichts an der damaligen tatsächlichen Betreuungssituation ändern.

### **E. 3.3**

Vor dem Hintergrund des Antrages auf Alleinobhut über C. \_\_\_\_\_ beteuert der Vater, bereit zu sein, seine Tochter vollumfänglich selbst zu betreuen, während die Mutter in Berlin zu 60 % arbeitstätig sein wolle, was das Obergericht willkürlich nicht gewürdigt habe. Indes ist er selbst zu rund 80 % arbeitstätig und wäre er mithin ebenfalls in ähnlichem Umfang wie die Mutter auf Fremdbetreuung angewiesen. Soweit er in diesem Zusammenhang (an anderer Stelle, nämlich S. 27 f.) vorbringt, gänzlich auf eine Erwerbsarbeit verzichten zu wollen, legt er mit keinem Wort dar, wie er dieses Vorhaben finanzieren könnte, namentlich auch in Bezug auf seine eigene Person. Wohl denkt er an Kindesunterhalt durch die Mutter, aber ein irgendwie gearteter Verstoß gegen das Willkürverbot ist weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht substantiiert.

### **E. 3.4**

Appellatorisch bleibt schliesslich die Behauptung, dem Kind seien die Verhältnisse in der Schweiz besser vertraut als diejenigen in Berlin; abgesehen davon lässt sich bei einem dreijährigen Kind, welches offensichtlich noch primär personenbezogen ist, nicht von vertrauten örtlichen Verhältnissen sprechen. Inwiefern das Obergericht diesbezüglich in Willkür verfallen sein soll, ist weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht auszumachen.

### **E. 3.5**

Nach dem Gesagten sind in Bezug auf die kantonalen Sachverhaltsfeststellungen keine Verfassungsverletzungen dargetan. In rechtlicher Hinsicht ist im Zusammenhang mit Art. 301a Abs. 1 ZGB von einer die Niederlassungsfreiheit beachtenden Wegzugsautonomie der Elternteile auszugehen ( BGE 142 III 481 E. 2.4 ff.; 142 III 502 E. 2.5; 143 III 193 E. 7) und in einem zweiten Schritt unter der Prämisse des Wegzuges der geeigneteren Aufenthaltsort des Kindes zu klären ( BGE 142 III 481 E. 2.6; 143 III 193 E. 7), wobei verschiedene Kriterien massgeblich sind. Angesichts des Alters des Kindes und des

geplanten Zuzugsortes nicht relevant sind vorliegend dessen (noch nicht möglichen) Äusserungen, dessen Bezug zum alten und neuen Ort, die sprachliche Integration u.ä.m. Sodann war das bisherige Betreuungsmodell nach den willkürfreien Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid nicht alternierend, sondern war die Mutter bislang die Hauptbetreuungsperson, weshalb weniger die Erziehungsfähigkeit und die persönliche Beziehung zum Kind im Vordergrund steht ( BGE 144 III 469 E. 4.1), was vorliegend aber ohnehin nach den ebenfalls willkürfreien Sachverhaltsfeststellungen auf beiden Seiten gleichermaßen gegeben wäre, sondern wird vielmehr die Stabilität der Verhältnisse zum entscheidenden Kriterium, indem das bisher gelebte Betreuungsmodell faktisch den Ausgangspunkt bildet und es gerade bei einem kleinen, noch primär personenbezogenen Kind tendenziell zu seinem besseren Wohl ist, wenn es beim Elternteil verbleibt, von welchem es bislang überwiegend betreut worden ist ( BGE 142 III 481 E. 2.7; 144 III 469 E. 4.1). Genau diesen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorgezeichneten Überlegungen ist das Obergericht in seinen Erwägungen gefolgt und der Beschwerdeführer geht nirgends darauf ein, schon gar nicht mit Verfassungsgründen, sondern er verweist einzig auf eine bundesgerichtliche Rechtsprechungslinie zur alternierenden Obhut, welche vorliegend nicht topisch ist, weil bei mütterlichem Wegzug nach Berlin nach den zutreffenden und somit umso mehr willkürfreien obergerichtlichen Erwägungen eine alternierende Betreuung von C. \_\_\_\_\_ nicht praktikabel ist. Entsprechend liegt auch keine Gehörsverletzung vor, wenn das Obergericht keine nicht topischen rechtlichen Überlegungen angestellt hat. Daran ändert das erneute väterliche "Angebot", nach Berlin zu pendeln, nichts; dieses ist angesichts seiner Erwerbssituation als Lehrkraft in der Schweiz wie gesagt unrealistisch und vermag keine Willkür im Zusammenhang mit der betreffenden obergerichtlichen Aussage zu begründen.

### **E. 3.6**

Verstösst die Wegzugsentscheidung als solche nach dem Gesagten nicht gegen verfassungsmässige Rechte bzw. werden in rechtlicher Hinsicht gar nicht erst welche als verletzt gerügt, sind die Ausführungen in Bezug auf den persönlichen Verkehr in der Schweiz ebenso gegenstandslos wie diejenigen zur Unterhaltsfrage, soweit sie im Kontext mit anderen Konstellationen (Alleinzuteilung der Obhut an Vater; alternierende Obhut in der Schweiz; alternierende Obhut in Berlin) erfolgen.

### **E. 3.7**

Relevant bleibt die Gehörsrüge betreffend bezahlter Unterhaltsbeiträge (Beschwerde, S. 30 f.). Das Obergericht hat im Dispositiv des Berufungsentscheides ab Oktober 2021 Unterhaltsbeiträge festgelegt mit folgenden Erwägungen: Die Mutter bringe vor, dass aus der Zeit von Februar bis September 2021 noch der Betrag von Fr. 1'543.25 ausstehe. Der Vater halte zwar fest, alle Unterhaltsbeiträge seien bezahlt, ohne allerdings Tilgungsnachweise zu erbringen. Die Unterhaltsverpflichtung gemäss Erstinstanz habe sich für die Zeit von Februar bis September 2021 auf Fr. 25'880.-- belaufen (8 x Fr. 3'235.--), wovon anerkanntermassen Fr. 24'336.75 bezahlt seien. Gemäss den vorangegangenen Erwägungen sei von April bis September 2021 Fr. 20'820.-- geschuldet (6 x Fr. 3'470.--). Damit sei der Vater seiner Unterhaltspflicht bis September 2021 bereits vollständig nachgekommen. Er sei mithin zu verpflichten, ab Oktober 2021 Kindesunterhaltsbeiträge von Fr. 3'470.-- und ab Dezember 2021 solche von Fr. 3'370.-- zu erbringen. Der Vater bringt beschwerdeweise vor, indem das Obergericht vor der Entscheidung nicht betreffend der weiteren Unterhaltszahlung nachgefragt, sondern einfach ab Oktober 2021

solche festgesetzt und damit einen vollstreckbaren Unterhaltstitel geschaffen habe, sei das rechtliche Gehör verletzt worden. Eine Gehörsverletzung ist nicht auszumachen. Das Obergericht hat für die Zeit bis September 2021 keinen periodischen Unterhalt mehr festgelegt, sondern die Restanz geregelt. Müsste bis genau zum Urteilszeitpunkt eine Abrechnung statt eine periodische Unterhaltsfestsetzung erfolgen, könnte angesichts des laufenden Verhältnisses und der beidseitigen Gehörsvergewährung gar nie ein Unterhaltsurteil gefällt werden. Dass ab Oktober 2021 Unterhalt festgesetzt worden ist, hat für den Vater im Übrigen keine nachteiligen Wirkungen, weil bei ungerechtfertigter Betreibung von zwischenzeitlich weiterhin bezahlten Betreffnissen in einem Rechtsöffnungsverfahren der Tilgungsnachweis gemäss Art. 81 Abs. 1 SchKG offensteht. In seiner ergänzten Beschwerdeversion vom 31. August 2022 bringt der Vater sodann vor, das Obergericht habe seinen Antrag in der Eingabe vom 1. Oktober 2021 und seine dortige Begründung auf S. 80 f. übersehen, wonach der Erstinstanz ein offensichtlicher Rechnungsfehler unterlaufen sei, da sie die Kinderzulagen von Fr. 200.-- für die Monate April bis September 2021 jeweils doppelt gezählt habe, was Fr. 1'200.-- ausmache. Zunächst scheidet das Vorbringen bereits daran, dass es sich bei der Eingabe vom 1. Oktober 2021 um die Berufungsantwort zur Berufung der Ehefrau handelt und in einer Antwort keine eigenen neuen Begehren gestellt werden können, sondern hierfür die eigene Berufung zu Gebote gestanden hätte. Insofern ist das ergänzte Begehren umso mehr im bundesgerichtlichen Verfahren neu und damit unzulässig ( Art. 99 Abs. 2 BGG ). Ohnehin ist aber auch von der Sache her nicht zu erkennen, inwiefern das Obergericht etwas übersehen hätte. Vielmehr hat es für die Phase April bis November 2021 (in welcher der vom Vater angesprochene Zeitraum enthalten ist) eine eigene Unterhaltsberechnung angestellt und dabei die Kinderzulage als Einkommen bei C. \_\_\_\_\_ berücksichtigt und entsprechend an ihren Bedarf angerechnet, sodass vom Gesamtbedarf des Kindes von Fr. 1'085.-- ein durch Unterhaltsbeiträge zu deckender Barbedarf von Fr. 885.-- verblieb (angefochtenes Urteil, S. 39). Es wird nicht dargetan, geschweige denn mit substantiierten Willkürwürgen, inwiefern dies nicht korrekt sein sollte, namentlich wo die angebliche doppelte Berücksichtigung der Kinderzulage zu verorten wäre.

#### **E. 4**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Mit dem sofortigen Urteil in der Sache selbst wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos. Auf die dortigen Vorbringen ist mithin nicht näher einzugehen.

#### **E. 5**

Angesichts des Verfahrensausganges sind die Gerichtskosten dem Vater aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und hat er die Mutter für die Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 BGG ). In der Sache selbst ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.